

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 679/09

1 Sa 71/08

Landesarbeitsgericht

Saarland

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

7. April 2011

URTEIL

Pötter, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 7. April 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Warnke und Dr. Mallmann für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Saarland vom 3. Dezember 2008 - 1 Sa 71/08 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens hat der Kläger zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über einen Entschädigungsanspruch des Klägers wegen Diskriminierung bei der Bewerbung aufgrund einer Behinderung. 1

Der 1981 geborene Kläger schloss im Jahr 2005 seine Ausbildung zum Kaufmann für Bürokommunikation mit der Gesamtnote „ausreichend“ ab. Für das Bestehen der Ausbildungsabschlussprüfung war das Erreichen von mindestens 50 Punkten erforderlich. Der Kläger erzielte 52,3 von 100 möglichen Punkten. Für ein befriedigendes Ergebnis wären mindestens 67 Punkte, für ein gutes Ergebnis mindestens 81 Punkte erforderlich gewesen. 2

Bei dem Kläger ist ein Grad der Behinderung (*GdB*) von 70 wegen Gelenkdeformitäten, einer Beinverkürzung links, Gelenkverschleiß und eines Wirbelsäulensyndroms festgestellt. Weitere Gesundheitsstörungen im Sinne des SGB IX liegen ausweislich des Feststellungsbescheids vom 3. Juli 2002 beim Kläger nicht vor. 3

Nachdem der Personalausschuss des Stadtrats der Beklagten beschlossen hatte, mehrere befristete Stellen für sachbearbeitende Schreibkräfte in Schulsekretariaten auszuschreiben, wurde mit Schreiben vom 5. Juni 2007 der Personalrat, das Frauenbüro und der Vertrauensmann der schwerbehinderten Menschen hierüber informiert. Dem Schreiben beigefügt war der Text der Stellenausschreibung. Am 11. Juni 2007 teilte der Vertrauensmann der schwerbehinderten Menschen der Beklagten mit, dass gegen den vorgeschlagenen 4

Ausschreibungstext keine Bedenken bestünden. Am 27. Juni 2007 wurde der Integrationsdienst der Agentur für Arbeit über die Ausschreibung informiert.

In der Saarbrücker Zeitung vom 30. Juni/1. Juli 2007 schaltete die Be- 5
klagte eine Anzeige mit auszugsweise folgendem Inhalt:

„Wir suchen zum 1.9.2007 befristet für max. 2 Jahre
mehrere MitarbeiterInnen als

sachbearbeitende Schreibkräfte in den Schulsekretariaten
der LHS

Das Aufgabengebiet umfasst

- Sachbearbeitung und Schreibaarbeiten für den Schul-
leiter / die Schulleiterin
- Geschäftszimmertätigkeiten
- Haushaltssachbearbeitung - Modell „Teilautonome
Schule“
- Einschulungen, An-, Um- und Abmeldungen, Schul-
ordnungsverfahren
- abteilungs- bzw. schulübergreifende Aufgaben
- Betreuung und Beratung von SchülerInnen und
Eltern
- standortbedingte Zusatzarbeiten

Wir erwarten von Ihnen

- eine abgeschlossene Ausbildung als Verwaltungs-
fachangestellte/r der Fachrichtung allgemeine Ver-
waltung des Landes und der Kommunalverwaltung
mit einem guten Prüfungsergebnis (Note mind. 2,5)
- alternativ eine abgeschlossene Ausbildung als
Kauffrau/Kaufmann für Bürokommunikation bzw.
Ausbildung als Sekretariatsfachkraft mit einem guten
Prüfungsergebnis (Note mind. 2,0)
- vertiefte Kenntnisse in der EDV-Anwendung (ins-
besondere MS-Office-Standardsoftware)
- Teamfähigkeit, sicheres Auftreten, Kommunikations-
fähigkeit, Flexibilität sowie ein hohes Maß an
Arbeitsorganisation und Sorgfalt
- die Bereitschaft, den Urlaub in den Schulferien zu
nehmen und Ferienüberhänge vor- bzw. nachzu-
arbeiten

Wir bieten Ihnen

- eine interessante und abwechslungsreiche Tätigkeit mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von derzeit 20 bzw. 22 Stunden
- ein Entgelt der Entgeltgruppe 6 TVöD

...

Gern nehmen wir Bewerbungen von nichtdeutschen InteressentInnen entgegen. Schwerbehinderte BewerberInnen werden im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen bevorzugt berücksichtigt.

...“

Am 3. Juli 2007 bewarb sich der Kläger auf diese Anzeige und führte in seinem Bewerbungsschreiben ua. aus:

6

”...

Ich bin 25 Jahre alt und verfüge über eine abgeschlossene Ausbildung als Kaufmann für Bürokommunikation. Mit den anfallenden administrativen Aufgaben und Arbeiten im Bürowesen bin ich somit bestens vertraut. Neben Zuverlässigkeit biete ich Ihnen natürlich auch Flexibilität und Teamfähigkeit. In neue Aufgabengebiete arbeite ich mich schnell und gründlich ein.

Solide EDV Kenntnisse gehören genauso zu meinen Fähigkeiten wie schnelle Auffassungsgabe und Belastbarkeit. In mir finden Sie einen engagierten und motivierten Mitarbeiter. Da ich den Führerschein Klasse B und einen PKW besitze, bin ich zudem mobil und zeitlich flexibel einsetzbar. Meine Gehaltsvorstellungen bewegen sich zwischen 300 € und 600 € im Monat bei Teilzeit.

Bei einer Festanstellung würde die ARGE V einen Eingliederungszuschuss entsprechend der Anstellungsdauer finanzieren aufgrund meiner Schwerbehinderung. Für ein Praktikum oder eine Arbeitserprobung stehe ich Ihnen auf Wunsch auch zur Verfügung, damit Sie sich von meiner Eignung persönlich überzeugen können.

Ich hoffe, meine Bewerbung hat Ihr Interesse geweckt und Sie laden mich zu einem persönlichen Gespräch ein.

...“

Auf die Zeitungsannonce waren 221 Bewerbungen bei der Beklagten eingegangen. Sechs dieser Bewerber waren schwerbehindert. Deren Be-

7

werbungen wurden dem Vertrauensmann der schwerbehinderten Menschen übermittelt.

Die Beklagte sortierte im Rahmen ihrer Bewerberauswahl von den eingegangenen Bewerbungen zunächst solche aus, die nicht die geforderten Noten in den bezeichneten Ausbildungsgängen aufwiesen oder die unvollständig waren. Dies reduzierte die Anzahl der aus Sicht der Beklagten berücksichtigungsfähigen Bewerber auf 58. Diese wurden zu Vorstellungsgesprächen und Eignungstests eingeladen. Die vorab aussortierten Bewerber, darunter auch der Kläger, erhielten ein standardisiertes Ablehnungsschreiben vom 2. August 2007. Unter den 163 vorab abgelehnten Bewerbern befanden sich - einschließlich des Klägers - drei schwerbehinderte Menschen. Diese wurden, wie die übrigen vorab abgelehnten Bewerber auch, nicht zu Vorstellungsgesprächen eingeladen.

8

Mit Anwaltsschreiben vom 24. Oktober 2007 wies der Kläger darauf hin, der Ablauf des Bewerbungsverfahrens spreche dafür, dass er wegen seiner Schwerbehinderung benachteiligt worden sei; er mache deshalb einen Entschädigungsanspruch geltend.

9

Die Beklagte erläuterte unter Bezugnahme auf das Geltendmachungsschreiben des Klägers mit einem Antwortschreiben vom 29. Oktober 2007 das Anforderungsprofil der ausgeschriebenen Stellen.

10

Mit der am 7. Januar 2008 beim Arbeitsgericht Saarbrücken eingegangenen und der Beklagten am 11. Januar 2008 zugestellten Klage hat der Kläger eine angemessene Entschädigung, mindestens jedoch eine solche iHv. drei Bruttomonatsgehältern eingeklagt.

11

Der Kläger ist der Ansicht, es bestehe die Vermutung seiner Diskriminierung wegen einer Behinderung. Dies folge einerseits aus Verstößen der Beklagten gegen § 81 Abs. 1 SGB IX. Diesbezüglich behauptet der Kläger, die Beklagte habe weder geprüft, ob die ausgeschriebenen Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen, insbesondere mit bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen, besetzt werden könnten noch habe sie frühzeitig Verbindung zur Agentur für

12

Arbeit aufgenommen. Andererseits ergebe sich die Vermutung seiner Diskriminierung daraus, dass er unter Verstoß gegen § 82 Satz 2 SGB IX nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden sei.

Der Kläger behauptet, seine Schwerbehinderung gehe mit einer krankhaften Stressempfindlichkeit einher und diese habe - neben der Schwerbehinderung - Auswirkungen bei Prüfungen. Daher könne aufgrund seines nur ausreichenden Prüfungsergebnisses nicht auf eine fehlende fachliche Eignung geschlossen werden. Von der für schwerbehinderte Menschen unter bestimmten Voraussetzungen bestehenden Möglichkeit der Verlängerung der Prüfungszeit in der Ausbildungsprüfung (*Nachteilsausgleich*) habe er bewusst keinen Gebrauch gemacht, weil die Zeitverlängerung im Zeugnis vermerkt worden wäre. 13

Der Kläger begehrt, ausgehend von einer Vergütung nach Entgeltgruppe 6 TVöD iHv. 1.764,00 Euro brutto pro Monat bei Vollzeitbeschäftigung und einer ausgeschriebenen Beschäftigung im Umfang von 22 Wochenstunden, eine Entschädigung von drei Monatsverdiensten à 1.008,00 Euro. 14

Der Kläger hat beantragt, 15
die Beklagte zu verurteilen, an ihn eine angemessene Entschädigung, mindestens jedoch iHv. drei Bruttomonatsverdiensten zu je 1.008,00 Euro nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17. November 2007 zu zahlen.

Die Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt. 16

Sie vertritt die Auffassung, die Einladung des Klägers zu einem Vorstellungsgespräch sei nach § 82 Satz 3 SGB IX entbehrlich gewesen, da diesem aufgrund seines Ausbildungsergebnisses und den Anforderungen in der Stellenausschreibung die fachliche Eignung offensichtlich gefehlt habe. 17

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Bundesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Klageanspruch weiter, während die Beklagte die Zurückweisung der Revision beantragt. 18

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist unbegründet. Ihm steht der geltend gemachte Entschädigungsanspruch nicht zu. 19

I. Das Landesarbeitsgericht hat sowohl das Vorliegen einer unmittelbaren als auch einer mittelbaren Diskriminierung des Klägers verneint. Zunächst ist es davon ausgegangen, dass die Ausschreibung unter Beteiligung aller notwendigen und zuständigen Stellen formell ordnungsgemäß zustande gekommen sei und dass die in der Stellenanzeige formulierten Anforderungen nicht zu beanstanden seien. 20

Eine Verletzung der in § 81 Abs. 1 Satz 1, 2 SGB IX niedergelegten Arbeitgeberpflichten hat das Landesarbeitsgericht verneint, da der Integrationsdienst der Arbeitsagentur vor Erscheinen der Stellenanzeige über die freie Stelle informiert worden sei und die Beklagte geprüft habe, ob die Stelle mit einem schwerbehinderten Menschen besetzt werden könne. 21

Auch sei die Beklagte nicht nach § 82 Satz 2 SGB IX verpflichtet gewesen, den Kläger zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, da diesem wegen seiner Prüfungsergebnisse und des gestellten Anforderungsprofils offensichtlich die fachliche Eignung gefehlt habe. Das Prüfungsergebnis des Klägers habe die geforderte Ausbildungsnote nicht lediglich knapp, sondern ganz erheblich verfehlt. Dass der Kläger im Rahmen des Prüfungsverfahrens einen Nachteilsausgleich für sich nicht in Anspruch genommen habe, sei der Beklagten nicht anzulasten. Dies gelte besonders, da nicht unterstellt werden könne, dass der Kläger bei einer Verlängerung der Bearbeitungszeit eine bessere Abschlussnote erlangt hätte, zumal für die Gewährung eines Nachteilsausgleichs Voraussetzung sei, dass die Behinderung Auswirkungen auf das Ablegen der Prüfung habe. Dies sei aber beim Kläger aufgrund der festgestellten Gesundheitsstörungen nicht der Fall. Seine Behauptung, die Schwerbehinderung ginge mit einer krankhaften Stressempfindlichkeit einher, 22

die Auswirkungen auf die Prüfung habe, sei weder substantiiert dargelegt noch im Feststellungsbescheid dokumentiert.

Selbst wenn eine Diskriminierungsvermutung vorläge, so hätte die Beklagte diese entkräftet. Sie habe vorgetragen, dass die Bewerbung des Klägers allein deshalb abgelehnt worden sei, weil der Kläger das Anforderungsprofil nicht erfülle. Da dieses nicht zu beanstanden sei, habe die Beklagte den Kläger auch als fachlich ungeeignet ansehen dürfen. 23

Im Übrigen habe die Beklagte dargelegt, dass sie die Beschäftigungspflichtquote nach § 71 SGB IX deutlich überschreite, was ebenfalls gegen eine Diskriminierung spreche. 24

II. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. 25

Dem Kläger steht kein Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG zu. 26

1. Das am 18. August 2006 in Kraft getretene AGG findet auf den Streitfall Anwendung, da der maßgebliche Zeitpunkt der Benachteiligungshandlung im Sommer 2007 und damit nach dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des AGG liegt (*vgl. BAG 19. August 2010 - 8 AZR 530/09 - EzA AGG § 15 Nr. 10*). 27

2. Nach § 7 Abs. 1 AGG dürfen Arbeitgeber Beschäftigte nicht wegen einer Behinderung oder wegen eines anderen in § 1 genannten Grundes benachteiligen. Der Kläger unterfällt dem persönlichen Anwendungsbereich des AGG, da er als Beschäftigter gilt und die Beklagte Arbeitgeberin ist. 28

a) Nach § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG gelten als Beschäftigte auch Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis. Der Kläger ist ein solcher Bewerber. Der Begriff „Bewerber“ im Sinne des AGG setzt nicht die objektive Eignung eines Bewerbers für die in Aussicht genommene Stelle voraus. Vielmehr ist die objektive Eignung eines Bewerbers eine Frage, ob eine „vergleichbare Situation“ iSd. § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG vorliegt, welche Voraussetzung für die Annahme einer unmittelbaren Benachteiligung ist (*BAG 19. Au-* 29

gust 2010 - 8 AZR 530/09 - EzA AGG § 15 Nr. 10). Ob die subjektive Ernsthaftigkeit der Bewerbung Tatbestandsvoraussetzung für Ansprüche nach §§ 15, 6 AGG ist, hat der Senat bislang ausdrücklich offengelassen (*19. August 2010 - 8 AZR 530/09 - aaO; 18. März 2010 - 8 AZR 77/09 - AP AGG § 8 Nr. 2 = EzA AGG § 8 Nr. 2*) und bedarf auch hier keiner Entscheidung. Es sind aufgrund der Feststellungen des Landesarbeitsgerichts und des Parteivorbringens keine Anhaltspunkte erkennbar, die gegen die Ernsthaftigkeit der Bewerbung des Klägers sprechen.

b) Die Beklagte ist Arbeitgeberin iSd. § 15 AGG. Sie ist als Gebietskörperschaft eine juristische Person des öffentlichen Rechts und sie beschäftigt Arbeitnehmer (§ 6 Abs. 2 Satz 1 AGG). 30

3. Ob der Kläger den Entschädigungsanspruch fristgerecht geltend gemacht hat (§ 15 Abs. 4 AGG), kann letztlich dahinstehen, da ein solcher Anspruch des Klägers nicht besteht. 31

4. Der Entschädigungsanspruch setzt einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot voraus. Dies stellt § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG zwar nicht ausdrücklich klar, ergibt sich aber aus dem Gesamtzusammenhang der Bestimmungen in § 15 AGG (*BAG 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - BAGE 129, 181 = AP AGG § 15 Nr. 1 = EzA AGG § 15 Nr. 1*). 32

Der für einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG erforderliche Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot liegt nicht vor. 33

a) Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn ein Beschäftigter wegen eines in § 1 genannten Grundes - zu denen auch eine Behinderung zählt - eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. 34

Der Kläger hat im Bewerbungsverfahren um die ausgeschriebene Stelle eine weniger günstige Behandlung erfahren als die später eingestellten Bewerber. Seine Bewerbung wurde abgelehnt, ohne dass er zu einem Vor- 35

stellungsgespräch eingeladen worden war. Eine Benachteiligung kann in der Versagung einer Chance liegen (*BAG 19. August 2010 - 8 AZR 530/09 - EzA AGG § 15 Nr. 10*). Ein Behinderter hat Anspruch auf ein diskriminierungsfreies Bewerbungsverfahren, unabhängig vom Ausgang des Verfahrens (*BAG 18. November 2008 - 9 AZR 643/07 - AP SGB IX § 81 Nr. 16 = EzA SGB IX § 81 Nr. 19*). Durch die Nichteinladung wurde dem Kläger die Chance auf Einstellung versagt.

b) Die ungünstigere Behandlung des Klägers erfolgte jedoch in keiner vergleichbaren Situation iSd. § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG, da der Kläger die in der Stellenausschreibung geforderte Abschlussnote der Berufsausbildung nicht erzielt hat und der Beklagten die Festsetzung des Erfordernisses einer bestimmten Ausbildungsnote in der Stellenausschreibung nicht verwehrt war. Bereits damit scheidet eine unzulässige Benachteiligung des Klägers wegen seiner Behinderung aus. 36

aa) Das Vorliegen einer vergleichbaren Situation setzt voraus, dass der Kläger objektiv für die ausgeschriebene Stelle geeignet war, denn vergleichbar (*nicht: gleich*) ist die Auswahl-situation nur für Arbeitnehmer, die gleichermaßen die objektive Eignung für die zu besetzende Stelle aufweisen (*BAG 18. März 2010 - 8 AZR 77/09 - AP AGG § 8 Nr. 2 = EzA AGG § 8 Nr. 2*). Für das Vorliegen einer Benachteiligung ist es erforderlich, dass eine Person, die an sich für die Tätigkeit geeignet wäre, nicht ausgewählt oder schon nicht in Betracht gezogen wurde. Könnte auch ein objektiv ungeeigneter Bewerber immaterielle Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG verlangen, stünde dies nicht im Einklang mit dem Schutzzweck des AGG. Das AGG will vor ungerechtfertigter Benachteiligung schützen, nicht eine unredliche Gesinnung des (*potentiellen*) Arbeitgebers sanktionieren. Die objektive Eignung ist also keine ungeschriebene Voraussetzung der Bewerbereigenschaft, sondern Kriterium der „vergleichbaren Situation“ iSd. § 3 Abs. 1 AGG (*BAG 19. August 2010 - 8 AZR 466/09 - EzA AGG § 15 Nr. 12*). 37

bb) Maßgeblich für die objektive Eignung ist dabei nicht das formelle Anforderungsprofil, welches der Arbeitgeber erstellt hat, sondern sind die An- 38

forderungen, die der Arbeitgeber an einen Stellenbewerber stellen durfte. Zunächst ist davon auszugehen, dass der Arbeitgeber über den der Stelle zugeordneten Aufgabenbereich und die dafür geforderten Qualifikationen des Stelleninhabers frei entscheiden darf. Durch das Stellen von Anforderungen an den Bewerber, die nach der im Arbeitsleben herrschenden Verkehrsan-schauung durch die Erfordernisse der wahrzunehmenden Aufgaben unter keinem nachvollziehbaren Gesichtspunkt gedeckt sind, darf er allerdings die Vergleichbarkeit der Situation nicht willkürlich gestalten und dadurch den Schutz des AGG de facto beseitigen (*BAG 22. Juli 2010 - 8 AZR 1012/08 - NZA 2011, 93*).

Die objektive Eignung ist zu trennen von der individuellen fachlichen und persönlichen Qualifikation des Bewerbers, die nur als Kriterium der Auswahlentscheidung auf der Ebene der Kausalität zwischen Benachteiligung und verbotenem Merkmal eine Rolle spielt (*BAG 22. Juli 2010 - 8 AZR 1012/08 - NZA 2011, 93*). Allerdings bedürfen auch Bewerber, welche die auf der zu besetzenden Stelle auszuübenden Tätigkeiten grundsätzlich verrichten können, ohne aber jede Voraussetzung des Anforderungsprofils zu erfüllen, des Schutzes vor Diskriminierung, weil gerade Anforderungsprofile in Stellenanzeigen häufig Qualifikationen benennen, deren Vorhandensein der Arbeitgeber sich für den Idealfall zwar wünscht, die aber keinesfalls zwingende Voraussetzung einer erfolgreichen Bewerbung sind (*BAG 19. August 2010 - 8 AZR 466/09 - EzA AGG § 15 Nr. 12*).

39

cc) Diese Grundsätze gelten allerdings bei der Besetzung von Stellen öffentlicher Arbeitgeber nur eingeschränkt. Während nämlich der private Arbeitgeber im Rahmen der oben dargelegten Grundsätze frei ist, welche Anforderungen er in seiner Stellenausschreibung an Bewerber stellt und ob er dann bei seiner Auswahlentscheidung von einzelnen dieser geforderten Qualifikationen abweicht, hat der öffentliche Arbeitgeber Art. 33 Abs. 2 GG zu beachten. Hiernach besteht nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung Anspruch auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Öffentliche Ämter in diesem Sinne sind nicht nur Beamtenstellen, sondern auch Stellen, die mit

40

Arbeitern und Angestellten besetzt werden. Art. 33 Abs. 2 GG dient zum einen dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes, dessen fachliches Niveau und rechtliche Integrität gewährleistet werden sollen (*sog. Bestenauslese*), zum anderen trägt sie dem berechtigten Interesse des Bewerbers an seinem beruflichen Fortkommen Rechnung. Art. 33 Abs. 2 GG begründet ein grundrechtsgleiches Recht auf rechtsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl und auf deren Durchführung anhand der in der Regelung genannten Auswahlkriterien (*sog. Bewerbungsverfahrensanspruch*) (*BAG 23. Januar 2007 - 9 AZR 492/06 - BAGE 121, 67 = AP ZPO 1977 § 233 Nr. 83 = EzA GG Art. 33 Nr. 30*).

(1) Die in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Gesichtspunkte der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung sind die allein maßgeblichen Kriterien für die Bewerberauswahl; andere Kriterien sind nicht zulässig. Allerdings bestimmt Art. 33 Abs. 2 GG nicht, auf welchen Bezugspunkt sich diese Kriterien beziehen. Dies folgt erst aus dem Anforderungsprofil, welches als Funktionsbeschreibung des Dienstpostens objektiv die Kriterien bestimmt, die der künftige Stelleninhaber erfüllen muss. 41

Über die Einrichtung und nähere Ausgestaltung von Dienstposten entscheidet grundsätzlich der Dienstherr nach seinen organisatorischen Bedürfnissen und Möglichkeiten. Es obliegt daher auch seinem organisatorischen Ermessen, wie er einen Dienstposten zuschneiden will und welche Anforderungen demgemäß der Bewerberauswahl zugrunde zu legen sind. Erst aus diesem Zuschnitt des zu vergebenden Amtes oder Dienstpostens werden daher die Anforderungen bestimmt, an denen konkurrierende Bewerber zu messen sind. 42

Mit der Bestimmung eines Anforderungsprofils für die zu vergebende Stelle legt der Dienstherr gleichzeitig die Kriterien für die Auswahl der Bewerber fest, an ihm werden die Eigenschaften und Fähigkeiten der Bewerber gemessen (*vgl. BVerfG 8. Oktober 2007 - 2 BvR 1846/07 ua. - BVerfGK 12, 284*). Aufgrund des Anforderungsprofils sollen einerseits geeignete Bewerber gefunden, andererseits ungeeignete Bewerber schon im Vorfeld der eigentlichen 43

Auswahlentscheidung aus dem Kreis der in das engere Auswahlverfahren einzubeziehenden Bewerber ausgeschlossen werden. Der Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes ist daher nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, für die zu besetzende Stelle ein Anforderungsprofil festzulegen und nachvollziehbar zu dokumentieren. Nur so kann eine Auswahlentscheidung nach den Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG gerichtlich überprüft werden (*BAG 12. September 2006 - 9 AZR 807/05 - BAGE 119, 262 = AP SGB IX § 81 Nr. 13 = EzA SGB IX § 81 Nr. 14*).

Für das Auswahlverfahren bleibt die Ausschreibung verbindlich. Eine nachträgliche Ergänzung oder Verschärfung sind ebenso unzulässig wie der spätere Verzicht auf einzelne Merkmale. 44

Dem Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes steht bei der Anwendung von Art. 33 Abs. 2 GG und damit auch bei der Festlegung des Anforderungsprofils und der Eignungsmerkmale ein von der Verfassung gewährter Beurteilungsspielraum zu, der nur eingeschränkter gerichtlicher Kontrolle unterliegt. Die Grenzen der Gestaltungsfreiheit ergeben sich aus den Wertentscheidungen in anderen Verfassungsnormen. Dieser Spielraum des Arbeitgebers des öffentlichen Dienstes besteht allerdings nur insoweit, als das Prinzip der „Bestenauslese“ für die zu besetzende Stelle gewährleistet werden soll, also die Merkmale der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung der Auswahlentscheidung zugrunde gelegt werden. Die Festlegung des Anforderungsprofils muss deshalb im Hinblick auf die Anforderungen der zu besetzenden Stelle sachlich nachvollziehbar sein (*BAG 12. September 2006 - 9 AZR 807/05 - BAGE 119, 262 = AP SGB IX § 81 Nr. 13 = EzA SGB IX § 81 Nr. 14*). 45

(2) Der von der Beklagten vorgenommenen Festlegung auf die formale Ausbildungsqualifikation als Verwaltungsfachangestellte/r oder Kauffrau/Kaufmann für Bürokommunikation bzw. Sekretariatsfachkraft kommt die Aufgabe zu, die durch die Abschlussprüfung nachgewiesene Befähigung zur Erledigung bestimmter Aufgaben abstrakt zu beschreiben. Eine solche Festlegung ist für die Besetzung von Stellen als „sachbearbeitende Schreibkräfte in den Schulsekretariaten“ unproblematisch geboten. 46

Die weiter reichende Anforderung einer bestimmten guten Abschlussnote der Ausbildung tragen der Bestenauslese hinsichtlich Leistung und Befähigung in besonderer Weise Rechnung. Es begegnet keinen Bedenken, wenn ein öffentlicher Arbeitgeber für zu besetzende Stellen von vornherein nur solche Bewerber in Blick nehmen will, die aufgrund ihrer dokumentierten Ausbildungsergebnisse in besonderem Maße befähigt erscheinen. 47

Die Beachtung des Grundsatzes der Bestenauslese wird von der Beklagten insbesondere auch dadurch sachgerecht zum Ausdruck gebracht, dass sie zwischen einer zumindest mit der Note 2,5 abgeschlossenen Ausbildung als Verwaltungsfachangestellte/r der Fachrichtung allgemeine Verwaltung des Landes und der Kommunalverwaltung und einer mit mindestens der Note 2,0 abgeschlossenen Ausbildung als Kauffrau/Kaufmann für Bürokommunikation bzw. Ausbildung als Sekretariatsfachkraft unterscheidet. Sie fordert also nicht schematisch Qualifikationen, sondern beurteilt die Eignung der Ausbildungsgänge für die zu besetzenden Stellen und differenziert hinsichtlich der vorgegebenen Mindestnote zwischen der sachnäheren und der sachferneren Ausbildung. 48

Die in der Stellenausschreibung geforderten Ausbildungsergebnisse stellen sich offensichtlich auch als sachgerecht dar, weil etwa ein Viertel der Bewerber die geforderten Noten erzielt hat. 49

(3) Soweit der Kläger behauptet, dass aufgrund seiner Schwerbehinderung nicht von seinem Prüfungsergebnis auf eine fehlende fachliche Eignung geschlossen werden dürfe, da seine Schwerbehinderung mit einer krankhaften Stressempfindlichkeit einhergehe, die - neben seiner Schwerbehinderung - Auswirkungen bei Prüfungen habe, fehlt es bereits, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, an einem schlüssigen Sachvortrag und/oder einer Dokumentation bzgl. einer solchen krankhaften Stressempfindlichkeit. Soweit das Prüfungsergebnis aufgrund der Schwerbehinderung beeinträchtigt worden sein sollte, hätte der Kläger dies im Prüfungsverfahren einwenden müssen. Im Übrigen verkennt der Kläger in diesem Zusammenhang, dass nur bei gleicher Eignung verfassungsrechtlich anerkannte Förderungs- 50

pflichten des Staates - wie im Fall der Behinderung nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG - in die Abwägung mit dem Gebot des Art. 33 Abs. 2 GG Eingang finden können. Bei Auswahlentscheidungen für freie Stellen ist der schwerbehinderte Mensch wie nicht behinderte Konkurrenten nach Eignung, Befähigung und Leistung zu behandeln. Die Eigenschaft als Schwerbehinderter kommt erst dann zum Tragen, wenn ein schwerbehinderter Bewerber mit einem Nichtbehinderten konkurriert und beide aufgrund ihrer Aus- und Vorbildung, ihrer Fähigkeiten und ihrer Leistungen absolut gleich geeignet für die angestrebte Verwendung sind (vgl. *BVerwG 15. Februar 1990 - 1 WB 36/88 - BVerwGE 86, 244*). Nur in einem solchen und hier nicht vorliegendem Fall können besondere Förderungspflichten greifen.

c) Wegen der offensichtlich fehlenden fachlichen Eignung des Klägers für die ausgeschriebene Stelle war die Beklagte auch nicht verpflichtet, den Kläger zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, § 82 Satz 3 SGB IX. Da die Beklagte somit nicht gegen die grundsätzlich gemäß § 82 Satz 2 SGB IX bestehende Verpflichtung eines öffentlichen Arbeitgebers, schwerbehinderte Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, verstoßen hat, begründet die Nichteinladung des Klägers auch keine Vermutung für seine unzulässige Benachteiligung wegen seiner Behinderung (§ 22 AGG) (vgl. *BAG 21. Juli 2009 - 9 AZR 431/08 - BAGE 131, 232 = AP SGB IX § 82 Nr. 1 = EzA SGB IX § 82 Nr. 1; 16. September 2008 - 9 AZR 791/07 - BAGE 127, 367 = AP SGB IX § 81 Nr. 15 = EzA SGB IX § 81 Nr. 17*). 51

III. Der Kläger hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen. 52

Hauck

Böck

Breinlinger

Warnke

Mallmann